Anul 45 48



POR

D. ANA MENDEZ, muger de don Fernando de Baeça, y consorte, vezinos de la ciudad de Malaga.

(✱) EN EL PLEYTO. (✱)

CON EL CONVENTO Y MONJAS de Madre de Dios de la ciudad de Ronda, por cabeça de doña Maria, y doña Ana Costilla, Monjas Professas en el dicho Convento.

En Granada. *En la Imprenta Real.* Por Francisco Sanchez. *A la entrada de la Calle de Elvira, en la calleja del Correo viejo. Año de 1652.*



STE pleyto ſe introduxo ante la juſticia de la villa de Teba a quatro de Agoſto de ſeyſcientos y quarẽta y cinco, a pedimento de el dicho Convento, en que pretendiò ſe le dieſſe la poſſeſsion por el remedio de la ley de Soria, del cortijo y tierras ſobre que ſe litiga, como a heredero, por cabeça de las dichas dos Monjas de Gabriel de Coſtilla, y auer quedado por fin y muerte del ſuſodicho el cortijo y tierras referido entre otros bienes.

2 ¶ Y auiendoſe dado por parte del dicho Convento informacion de la filiacion de las dichas Monjas, y de como el dicho Cortijo quedò por fin y muerte de Gabriel de Coſtilla, por auto en nueue de Agoſto de ſeyſcientos y quarenta y cinco ſe le mandò dar a el Convento la poſſeſsion del dicho cortijo y tierras ſin perjuyzio de tercero, y quedoſe en eſte eſtado.

3 ¶ Haſta que en veynte y quatro de Otubre de dicho año doña Ana Mendez, y doña Brigida Mendez ſu hermana, ſe querellaron en eſta Corte de la juſticia de la villa de Teba, por dezir, que eſtando poſſeyendo las ſuſodichas el dicho cortijo y tierras como herederas de Iuan Martinez Mendez ſu padre, el qual lo auia poſſeydo mas tiempo de quarẽta años por juſtos titulos, ſe le auia dado la poſſeſsion del al dicho Convento por cabeça de las dichas dos Monjas, por dezir fue antiguamente de Gabriel de Coſtilla ſu padre, ſin conocimiento de cauſa, y ſin citarles. Traydos los autos en virtud de prouiſion compulſoria, ſe pidiò ſe reuocaſſe el dicho auto de poſſeſsion, ſe les amparaſſe en la que tenian.

4 ¶ Y auiendo ſalido el Convento emplaçado, proteſtò no reſponder a la dicha querella, por tocar el conomiento del pleyto a la juſticia de la villa de Teba en primera inſtancia, la qual no auia ſubſtanciado, ni determinado. Viſto ſe remitiò la cauſa a

la

la justicia de Teba para que la determinasse, y hiziesse justicia. Ante la qual la parte de las dichas doña Ana Mendez, y doña Brigida Mendez, salieron contradiziendo la possession dada a el Convento, valiendose de la possession antigua de quarenta años de su padre, y de la escritura de cesion otorgada por Iuan Bautista Ojeda el año de seyscientos y veynte y quatro, que despues mas largamente se referirà.

5 ¶ La parte del Convento pidiò amparo de la dicha possession, y que se denegasse à las dichas doña Ana y doña Brigida Mendez lo que pretendian, por dezir no eran partes, ni tener derecho alguno al dicho cortijo, porque el titulo de Iuan Martinez Mẽdez su padre fue solo vna instruccion en virtud de vn pleyto executiuo que siguiò por el principal y corridos de vn censo que pretendia estaua impuesto sobre el dicho cortijo, y que assi no fue titulo verdadero, sino solo vn derecho de prenda, por cuya causa deuia dar cuenta de los frutos que auia percebido del dicho cortijo.

6 ¶ Con lo qual, auiendose dado informacion por las dichas doña Ana y doña Brigida Mendez de la possession antigua de sus padres, por auto de primero de Abril de quarenta y siete se reuocò la possession dada a el Convento del dicho cortijo, por auerlo posseydo doña Ana y doña Brigida antes que se pidiesse la possession por el Convento, y no auer presentado el testamento, ni otro recaudo, por donde constasse que las Monjas son herederas de su padre; y ampara en la possession que tienen a las dichas doño Brigida, y doña Ana; reserva su derecho a las partes para que sigan su justicia.

7 ¶ Deste auto dixo en esta Corte de agrauios el Convento, pretendiendo su reuocacion por las razones supra referidas, y por dezir no es de consideracion la escritura de cesion otorgada por Iuan Bautista de Ojeda por el año de seyscientos y veynte y quatro, por no constar de los instrumentos que en ella se enuncian, y que es simulada, y fingida (si bien no se redarguye de falsa.) Concluyò pidiendo reuocacion

cacion del dicho auto, y que se le condenasse a las dichas doña Ana y doña Brigida Mendez a la restitucion del dicho cortijo con sus frutos y rentos, y por ellos ochocientos ducados en cada vn año desde el año de seyscientos y seys, con que introduxo el juyzio de la propriedad.

8 ¶ La parte de doña Brigida y su hermana concluyò y protestò no responder mas qne en quanto a el juyzio possessorio. Mandòsele responder detechamente en quanto a la propriedad.

9 ¶ Y dizen se ha de confirmar el auto de possessión, y que se le ha de denegar al dicho Convẽto la reivindicacion que pretende, porque auiendose seguido pleyto executiuo por doña Leonor Mendez, viuda de el Regidor Luys de Santisteuan, vezina de Malaga, por quatrocientos ducados de corridos de vn censo que los padres delas Monjas auiã impuesto sobre dicho cortijo. Y por otros quinientos ducados de principal, y trecientos de corridos de otro cẽso impuesto por los susodichos, a fauor de Iuan Fernandez Belorado, vezino de dicha ciudad. Y por ciẽto y quarenta ducados de principal, y nouenta y cinco de corridos de otro censo, sobre el dicho cortijo, que deuian a doña Maria de Tapia, vezina de Seuilla, hija y heredera de Antonio de Tapia. Y por otros quiniẽtos ducados de pincipal de otro censo, que los padres de las dichas Monjas auian impuesto sobre dicho cortijo, a fauor de dõ Iuã de Mãcha. Vsando de la clausula dela escritura de imposiciõ de cẽso dela dicha doña Leonor, paraq̃ se pudiesse executar por el principal y corridos de otro qualesquier censo que pareciera impuesto sobre dicho cortijo, se rematò y vendiò en Iuã Bautista de Ojeda, a precio cada fanega de diez ducados la rompida, y mil marauedis la por romper, auiẽdo precedido para el dicho remate los pregones y solemnidades necessarias de derecho, en virtud del qual se le diò la possession a el dicho Iuan Bautista de Ojeda, el qual cediò el remate a Iuan Martinez Mendez, padre de las dichas doña Ana y doña Brigida, en virtud de cuyo titulo la estuuo posseyendo el susodicho,

y por

y por su muerte ellas, como sus hijas, y herederas.

10 ¶ Para cuya justificacion se valen de la escritura de cession otorgada por Iuan Bautista de Ojeda por el año de seyscientos y veynte y quatro, que es a la letra lo que queda referido.

11 ¶ Con lo qual se recibiò el pleyto a prueua, y se han hecho por ambas partes. Hanse presentado otros instrumentos por la dicha doña Ana y doña Brigida, que miran en quanto a la verificacion de la enunciatiua de la escritura de cesion, y otras, para verificacion de lo que ha rentado el dicho cortijo; de cada vna de estas se harà mencion en la parte que convenga. Con que oy està visto para en quanto a la reuocacion, ò confirmacion del auto de amparo dado a las dichas doña Ana y doña Brigida; y sobre absolverles de la demanda de reivindicacion que el dicho Convento les tiene puesta.

12 ¶ Esto supuesto, se diuidirà esta alegacion en tres puntos.

13 ¶ *El primero, no auer prouado el Convento y Monjas su accion y demanda.*

14 ¶ El segundo, que doña Ana y doña Brigida estan posseyendo legitimamente como dueñas y señoras verdaderas en virtud del titulo que tienen presentado, y que este es bastante para su verificacion.

15 ¶ Lo tercero, que quando todo cesse, doña Ana y doña Brigida tienen prescripto el derecho del dicho cortijo y tierras de qualquiera suerte que se considere, y que assi se les ha de absolver llanamente.

Primero Punto.

16 ¶ Siendo como es la parte del Convento Actora, no es dudable tiene obligacion precisa de prouar plena y cócluyentemente su accion, alioquin necesse erit subcumbere, aunque doña Ana y doña Brigida no verifiquen ni prueuen nada, vulgata lex

qui accusare 4.C.de ædendo,l.actor 23.C.de probat. l.fin.C.de reivindicat.l.1.tit.14.part.3.

17 ¶ Y aunque para la accion real de reivindicacion intentada es necessario prouar el dominio en el Convento, iuxta textum in l.in rem actio, l. officium,ff.de reivindicat.§ omnium. Instit.de actionibus,l.28.tit.2. part.3. y que este es de las cosas que en el derecho se reputan por de dificultosa,y aun casi impossible prouança,l.cum res 12. cum ibi notatis, C.de probation.explicant Boer.decis.42.num.25.Menosh. de arbitrar. lib.2. cas.42. num. 1. latè Mascard. conclus.535.num.1.cum seqq.Tusch.liter.D.cóclus. 611.num.1.cum seqq.Surd.decis.10.num.5.

18 ¶ Respeto de loqual se infiera el poderse prouar por conjecturas, e indicios, l.inditia 19.C.de reivindicat.l.ad probationem 21. vers. *Cum itaque*, C. de probation.Boer.Menoch. Surd. & Tusch. in locis proximè citatis,& cum alijs Gratiano tom.1.cap.188. num. 7.

19 ¶ Pero esta doctrina y regla se limita quando la question del dominio se deduze principalmente vt in iudicio reivindicationis, nam tùnc non præsumptiuè,& per inditia, sed verè, & plenè probari debet, vt notabiliter distinguit Bart. in l. quidam in suo,num 4.ff.de condit.instit.

20 ¶ Cui consentit Bald.in dict.l.cum res, num. 10. ibi : *Et nota, quod duplex est dominium, scilicèt, operans in rei-vendicatione, & operans, scilicèt, in servitutibus: Primum debet plenè probari; quia fundat originem petitionis. Sed in secundo sufficit præsumptiua probatio, quia facilius aliquid coadiubatur, quam in sua radice fundetur.*

21 ¶ Cæteris præstantius Æmil. Beral. decis.280 Rot.Roman. part.1. cuius verba sunt : *Dominium quando agitur de rei-vindicatione necesse est, vt pro-*
betur plenè, l.officium,ff.de reivindicat.& ibi: *Nec obs-*
tat, quod dominium per inditia probetur, vt per Bald. Sa-
licet in l.inditia, C.de rei-vindicat. quia habent locum quando dominium deducentur per viam exceptionis, non autem actionis; quia tunc requiritur plena probatio, sequitur Anton. Fabr. in suo Cod. Fabrian. sub titulo de probat. definit.

definit. 69. numer. 11. Stephan. Gratian. capit. 678. num. 8.

22 ¶ Cuya obligacion procede aunque la reivindicacion se intente contra el violento posseedor, por quien fue despojado de su possession, nam certum est spoliatorem conventum reivindicatione, ab eo, qui spolium passus est excipere posse de proprio dominio, vel etiam de alieno, ac proinde de defectu dominij vindicantis, l. is qui destinauit 25. ff. de reivindicat. cap. cum Ecclesia Subtrina, de causa possession. & proprietat. Bald. in l. vis eius, C. de probation. num. 2. Iason in l. naturaliter, §. nihil commune, ff. de adquirend. possess. num. 120. Pedr. Barbos. in l. si alienam 12. ff. solut. matrimon. num. 52. vers. *Sed cauendum est*, & in l. si de vi 37. ff. de iudic. num. 157. Mascard. teniendola por mas verdadera, y mas comun, conclus. 536. num. 12. Dom. Gregor. Lopez in l. 21. tit. 29. part. 3. glos. 5.

23 ¶ Quibus parum, aut nihil adversatur, text. in l. si quis emptionis 8. §. sed hæc super illis, C. de præscript. 30. vel 40. annor. in illis verbis: *Nam si quis violenter eam abstulerit omnino licebit priori possessori sine vla distinctione eam vindicare.*

24 ¶ El qual vanamente, y sin fundamento, hizo precipitar Autores graues que tuuieron la contraria opinion, quam etiam communem appellabit, Anton. Gomez in l. 45. Taur. num. 183.

25 ¶ Porque lo que prueua aquel texto, segun su verdadero sentido, es, que al despojado de su possession, que por espacio de treynta años auia posseydo la cosa, à qua violenter expulsus est, no se le puede oponer excepcion por el violento posseedor tratandola de reivindicar de ageno ni de proprio dominio, y assi habla en caso particular, en que concurren juntas dos cosas, videlicet, odium spolij, & longissima possessio 30. annorum.

26 ¶ Pero no concurriendo con el despojo possession de tiempo tan largo, no cierra la puerta el Emperador para que intentando la accion real cõtra el violento posseedor, obijci ei nequeat exceptio dominij

dominij, quod sit penès spoliatorem, vel penès aliú, como lo explica bien Barbosa in locis supra relatis, Dom.Gregor.Lopez in dict. l. 21. la qual tambien es expressa por esta opinion y interpretacion.

27 ¶ Vnde infertur, que quando constara auer sido cierto la intrucion que por la parte del Cóvento se pretende, afirmando, que Iuan Martinez Médez se entrò de hecho en el cortijo por fin y muerte de Gabriel de Costilla, y doña Ana de Valde Espino (quod nec verùm est, nec verosimile, ni està en manera alguna prouado, vt infra latius dicemus) & quod plus est, que quando doña Brigida y doña Ana, que oy litigan, huuieran hecho el despojo por sus proprias personas, y padecidole la parte del Convento por las personas de quien pretende ser heredero; adhùc etiá, en este caso, no concurriendo con el despojo, y con el odio de la violencia, y intrucion, tener possession de treynta años, como en la verdad no consta de que las Monjas ayan posseydo el dicho cortijo y tierras tiempo alguno, auiendo intentado la accion real que pretenden para reivindicarlo, no es disputable que se les puede oponer la excepcion del defecto del dominio que padece notoriamente, ad totalem sui actionis exclusionem, respeto del proprio que reside en la persona de doña Ana y doña Brigida.

28 ¶ Con que concurre, no ser bastante que el que intenta la reivindicacion prueue, que antiguamente fue señor, el, ò su autor, a quien pretende suceder, porque es preciso prouar serlo actualméte, y de presente, nam ex probatione dominij antiqui, & de præterito, nó resultat probatio dominij de præsenti, vt sentiunt communiter glos. & interpretes, in l. cum res, C. de probation. Bart. in dict. l. quidam in suo, num. 4. vers. *Aut ad probationem*, ff. de condition. instit. Paul. Paris. cons. 27. num. 128. & cons. 104. nu. 8. lib. 1. Philipp. Corn. cons. 63. lib. 3. num. 12. Roland. à Valle cons. 46. num. 22, lib. 3. Mascard. dict. conclus. 536. num. 6. Tusch. dict. conclus. 611. num. 124.

29 ¶ Para lo qual son muy a proposito las palabras de la ley officium 9. ff. de reiuindicat. ibi: *Vbi*

enim

enim probabi rem meam eße, neceße habebit possessor restituere. Y notese, que no dixo, *fuiße*, de preterito, si no, *esse*, de presente (no sin misterio) con que manifestò claramente el Iurisconsulto, no era bastante prouar que vno fue señor antiguamente, ò la persona en cuyo derecho sucediò, para que deua el posseedor desamparar la possession, y restituyrle la cosa que possee, si no prueua que lo es tambien, quando intenta la reivindicacion, y pretende ser declarado por tal, l. & ex diuerso 36. §. 1. ibi: *Et Iudex declarauit meum eße*, ff. de reivindicat. l. eum qui, §. si petenti, ff. de publician. in rem action. l. & quem nondum 15. §. quod dicitur, ff. de pignor. cum alijs.

30 ¶ Y aunque no han faltado Autores que sigan la contraria opinion, como lo haze Philippo Decio en el consejo 428. con otros que junta Mascardo cons. 546. num. 4. & 5. porque el dominio se presume continuado, & mutatio minimè præsumitur.

31 ¶. Nihilominus tamen, la que defiendo es mucho mas cierta, y comun, & fundamentis longè solidioribus nititur. y asi se deue seguir siempre y practicar sin dificultad.

32 ¶ Lo primero, porque son muchas las causas, ex quibus acquiritur, & amittitur dominium, tàm iure gentium, quàm ciuile, glos. & DD. in l. in rem actio, ff. de reivindicat. & in l. 1. ff. de adquirend. rer. domin.

33 ¶ Vnde frequenter solet contingere, quod quandoque quis fuerit dominus vno tempore, & quandoque alius de præsenti, vt rectè admonet Philipp. Corn. dict. cons. 63. lib. 3. num. 12.

34 ¶ Y asi la prouança del dominio antiguo, y quanto mas antiguo peor, non concluye per necesse el dominio de presente, sed per possibile, quod sufficiens non est, cap. in præsentia, de probationibus, l. neque natales 6. C. eodem titul, l. non hoc 4. C. vnde legitim. cum vtrobique notatis.

35 ¶ Y solo pudiera servir de presuncion, quod olim dominus presumitur de præsenti dominus,

nus, lo qual no es baſtante, porque viene a ſer vna preſumptiua probatio de el dominio preſente, quæ quidem ſufficiens non eſt ab obtinendum in iudicio reivindicationis, vbi deducitur quæſtio dominij principaliter, & per viam actionis, vt remanet probatum ſupra num.

36 ¶ Y es coſa conſtante, que en el caſo preſente no puede tener lugar la opinion de Decio, y los demas, quamvis alioquim vera eſſet, & regulariter admitti deberet, vt cum pluribus animadvertit Tuſch dict.concluſ.611.num.126.

37 ¶ Demas, que la opinion contraria, tùnc demum locum obtinere poteſt, quando el eſtado preſente de la coſa no es deſconforme, ni contradize al dominio antiguo, ni de preterito, vt contingit quando ſe prueua de preſente poſſeſsion de 10. 20. ò 30. años, quæ concurrit cum probatione antiqui dominij, nam ex tali poſſeſsione de præſenti coadiubatur poſſeſsio, & dominium de preterito, vt rectè inquit Philipp.Corn.conſ.304.col.5. verſ. *Sed his non obſtantibus*, lib. 3.

38 ¶ Idemque erit, ſi huiuſmodi probatio alijs coniecturis, & præſumptionibus adminiculetur, ex quibus ſuadeatur dominium continuatum, & ad Actorem de præſenti pertinere, como en los caſos del conſejo 104. de Paulo Pariſio, y la deciſion 10. de Pedro Surdo, y de la 400. de Farinacio en la 1. part. de las mas nueuas, y de la 12. del miſmo Autor, in 2. part. nouiſsimar. y de la deciſion Lucenſe 90. de Bernabe Cornazan.

39 ¶ Pero no puede tener lugar quando no concurren otras preſunciones, y el eſtado preſente de la coſa repugna y contradize claramente a el dominio y ſeñorio de preterito.

40 ¶ Vt in exemplo rei profanæ, quæ dicitur olim Eccleſiæ cõſecrata, porque aunque ſe prueue per famam, vel alijs modis, que fue conſagrada antiguamente; atque proinde, el dominio antiguo de la Igleſia non poterit hodie auferri à poſſeſſore, qui eam poſsideat tanquam profanam, cum non ſit probatum

batum ius Ecclesiæ de præsenti, vt rectè docet Abbad Panormitan. in cap. veniens, el primero, de testibus, num. 8. Francisc. Ripa in l. rem quæ nobis, num. 59. vers. *Aut præsens status*, ff. de adquirend. posses. Philipp. Corn. cons. 24. & cons. 130. lib. 4.

41 ¶ Quod saltim sine controuersia admissum est, quando en el posseedor convenido por la rei vindicacion se dà possession de tantos años, que por ella, y por el tiempo aya podido adquirir el dominio, porque en este caso no ay Autor que dexe de confessar deuerse prouar necessariamente el dominio presente por el Actor, & quod non releuat probatio dominij antiqui, & de præterito, ita in terminis Aymon Craueta de antiquitat. tempor. 1. part. cap. an fidem faciat fama in antiquis, num. 5. pagin. mihi 220. Mascard. dict. conclus. 546. num. 17. & alij plures, quos refert & sequitur Stephan. Gratian. disceptat. forens. cap. 293. num. 11.

42 ¶ Porque ninguno puede negar ser mas fuerte en este caso la presuncion que milita en fauor del Reo, y posseedor, que la que haze por el Actor, y que parece resulta ex probatione dominij.

43 ¶ Y siempre es verdad, que en concurso de presunciones, la mayor vence a la menor, l. Diuus 8. cum ibi notatis, ff. de in integr. restitut. Alexád. Ludouis. decis. 245. num. 2. & 3.

44 ¶ Y quando tienen igual fuerça las que fauorecen al Reo, preualecen a las de el Actor, ex regula l. Arianus 46. ff. de obligat. & act. Gratian. dict. cap. 293. núm. 10.

45 ¶ Con que es preciso confessar ser este el caso de este pleyto, quando confessassemos auer verificado el dominio antiguo que pretende la parte de el Convento: porque doña Ana y doña Brigida, cótra quien se intenta la reivindicacion del cortijo, es innegable auerla posseydo ellas y sus autores tiempo de quarenta años, como lo tienen verificado por testigos mayores de toda excepcion, por el instrumento de cesion que tienen presentado; y lo que mas es por la confession de las partes contrarias, que ponderarè en su lugar.

En

46 ¶ En que quando huuieran tenido necessidad de prescripcion alguna para adquirir el dominio y señorio del, lo han hecho suyo proprio, como pondedarè en el vltimo articulo.

47 ¶ Por lo qual no es ponderable en este caso la presuncion, quod olim dominus, præsumitur hodie dominus, ni se puede valer della la parte de el Convento para prouar el señorio y dominio de el dicho cortijo, & necessario ei incumbit ostendere, para poder obtener en su accion.

48 ¶ Demas, que consta claramente el no permanecer en la parte del Cõvento el dominio que pretende, por constar auerse transferido en otra persona: porque aunque es cierto, que por fin y muerte de Gabriel de Costilla quedò el dicho corti o y tierras; pero tambien lo es, que por su muerte quedaron por sus hijos don Iuan, don Diego, don Fernando, doña Ysabel, doña Ana, y doña Maria, Monjas, por cuya cabaça se litiga, todos los quales renunciaron el derecho que tenian al dicho cortijo, como hijos y herederos de sus padres, en la dicha doña Ysabel de Costilla su hermana, para efeto de que contraxesse matrimonio con Bartolome Bohorques su marido, el qual, juntamente con su muger, se obligaron a la paga y satisfacion de los dotes de la dicha doña Ana, y doña Maria, que con efeto pagaron a el dicho Convento, todo lo qual deponen veynte y dos testigos presentados por la parte del dicho Convento en su prouança en la segunda pregunta, y lo supongo por cosa cierta, como lo dizen los testigos, que suplico a V.m. se repare en ello, cuyo contraro resulta bastantemente verificado por sus deposiciones, assi por ser testigos presentados por la parte contraria, como por deponer de la substancia del contracto mismo, auiendo passado tanto tiempo, vt probat Pedro Surdo consl.144. num. 12. & 13.

49 ¶ De que resultan tres cosas. La primera, que por la renunciacion que don Iuan, don Diego don Fernando, doña Ana, y doña Maria, Monjas, hizieron en doña Ysabel de Costilla su hermana, pa-

ra que tuuiesse efeto el matrimonio, fue visto auer adido la herencia de sus padres, Bald. in l. duobus, ff. de legat. 1. Bart. Socin. cons. 147. lib. 1. num. 8 Menoch. cons. 1. lib. 1. num. 488. Roland. à Valle lib. 1. cons. 1. num. 25. Pedr. Surd. decis. 128. num. 24. Marian. Socin. in cons. 34. lib. 4. & in cons. 183. y convertidose en proprio patrimonio suyo, §. 1. Instit. de hæred. qualit. & differ. l. sed si plures 10. §. filio impuberi, ff. de vulgar. Gutierrez in cap. quamvis pactum de pactis, lib. 6. num. 8.

50 ¶ La segunda, auer quedado abdicado el dominio de dicho cortijo y tierras de las dichas Monjas, y demas sus hermanos, y permanecido solo en la dicha doña Ysabel su hermana, por auer sido la dicha renunciacion vna donacion causa onerosa, matrimonij facta, la qual quedò perfecta, e irreuocable luego que tuuo efecto el matrimonio, para todos los efectos del derecho, sin poderse alterar, ni quitar en parte, ni en todo, l. plerumque 11. §. si ante matrimoniú, ff. de iure dotium, Dom. Castillo tom. 6. cap. 119. num. 10. & num. 37. Paschal. de virib. patr. potestat. 1. part. cap. 4. num. 36. Hermosill. in l. 7. tit. 4. part. 5. glos. 4. num. 36. Addentes ad Dom. Molin. lib. 4. cap. 2. num. 18.

51 ¶ La tercera, no poderse dezir quedò por fin y muerte de Gabriel de Costilla, si no por la de Ysabel de Costilla su hija, y hermana de las dichas Monjas, que fue quien quedò por vnica dueña, y absoluta señora de el dicho cortijo y tierras por fin y muerte de su padre, mediante la dicha donacion, ex dictis supra.

52 ¶ Y consiguientemente, corruit fundamentum actionis, intentado por el dicho Convento, pues lo que pretende solo lo pudieran intentar (caso que tuuieran justificacion) los herederos de la dicha doña Ysabel, y no otros.

53 ¶ Lo qual era bastante para que ex officio repelleretur à iudicio, pues litiga sin accion, ex l. si pupilli, §. videamus, ff. de negot. gest.

54 ¶ Y quando todo faltasse, el dicho Cō-

vento, por cabeça de las dichas dos Monjas, solo pudieran intentar la accion para en quãto a las dos partes que les pudiera pertenecer, pero no de las demas de los hermanos coherederos, por no constar ser herederas de los susodichos, y no tener en su fauor precumpcion de derecho alguna, para en quanto a ello, pues aun de la que se pudieran valer, respeto de el padre, de dezir, filius ergo hæres, conforme a la mas verdadera opinion, no procede con justificacion, Menoch. de adipiscend. possess. remed. 4. num. 76. & 80.

55 ¶ Con que doña Ana y doña Brigida cõ fundamento pueden dezir a la parte de el Convento, quo ad te liberas ædes habeo, vel de te non loquitur substitutio, ex testibus vulgaribus, pues no ha verificado el dominio, siendole muy preciso, con todo lo que presupuso en su demanda, que era el pleyto executiuo, que Iuan Martinez Mendez pretende auia seguido contra el dicho cortijo y tierras, en virtud de el qual de hecho se entrò en el, cõforme a lo que articula, pues ad probationem plenam dominij, in Iudicio reivindicationis, no basta prouar algunos requisitos, si no que precisamente se califiquen todos. Alex. cons. 11. lib. 4. num. 1. ibi: *Et sic apparet, quod non sufficeret ibi ad probationẽ dominij aliqua seu plura probari, nisi plenè probantur omnia requisita*, quem sequitur Barnabas Cornac. decis. 138. num. 9.

56 ¶ Y faltando la causa que especifica el Actor, corre sin dificultad auerles de absolver a los Reos llanamẽte, como en los terminos mismos lo resuelve Pedro Surd. en el cons. 24. num. 9. & 10.

Segundo Punto.

57 ¶ El titulo que por doña Ana y doña Brigida se ha presentado para calificacion, assi de su possession, como para titulo del dominio del dicho cortijo, es la escritura de cesion otorgada por Iuan Bautista de Ojeda año de seyscientos y veynte y quatro,

tro, en que entra haziendo relacion de el pleyto executiuo que doña Leonor Mendez siguiò por quatrociẽtos ducados de corridos de su cẽso, y por quinientos ducados de principal, y trecientos ducados de corridos de Iuan Fernandez Belorado, y por ciento y quarenta ducados del principal de otro censo, y nouenta y cinco ducados de reditos, a fauor de doña Maria de Tapia, vezina de Seuilla, y por quinientos ducados de principal de otro censo, y trecientos de reditos, impuesto a fauor de don Iuan de Mancha, y de como se le rematò en cierta cantidad, cuyo remate cedia y cediò en Iuan Martinez Mendez, padre de las Reas, vsando para dicho pleyto de la clausula de la imposicion de censo de la dicha doña Leonor, en que se hipotecan dicho cortijo libre de otro censo, y que si pareciere lo contrario pueda executar por ello.

58 ¶ Aunque es verdad que este instrumẽto tiene contra si el referirse a otros, como es el pleyto executiuo, y remate, de que haze mencion, y que desto no consta, respeto de lo qual tiene contra si la disposicion de la Auth. si quis in aliquo documento, C. de ædendo, l. à se toto, ff. de hæred. inst. Giurba decis. 10. num. 14. Noguerol allegat. 16. num. 89.

59 ¶ Pero esta regla, que en si es cierta y verdadera, tiene y padece algunas limitaciones que se ajustan al caso presente, conque se sale della.

60 ¶ La primera, quando el instrumento referido es antiguo, porque entonces el instrumento referente fidem facit quamvis de altero non constet. Auth. vt fratres filiorum, collat 9. l. & si vicinis, C. de nupt. ibi: *Quãdo neque nuptiales tabulæ appareãt*, Bald. in l. cum aliquis, vbi Iason num. 7. & alij, C. de iure deliber. Aymõ Craueta de antiquit. tempor. in princip. num. 7. Alexãd. cons. 75. num. 3. lib. 4. Tiber. decis. resp. 66. num. 15. Iuan Baptist. Cocc. decis. 69. num. 8.

61 ¶ Qua de causa instrumento datur fides quamvis non reperiatur originale, Bart. in l. sicut iniquum, in prima lectura, vers. *Quandoque probat*, C. de fide

fide instrum. Iason in l. admonendi de iur. iur. n. 84. in
prima lectura, Dom. Couarr. pract. cap. 21. num. 5.
Farinac. decis. 418. num. 1. in fin. 2. part. in resentio-
bus.

62 ¶ La dificultad estarà, en si la escritu-
ra de cessió presentada por doña Ana y doña Brigida,
se podrà dezir antigua, y en ella ay diuersidad de opi-
niones, pero las mas verdadera es, q̃ se remita al arbi-
trio del señor Iuez, an sit sufficiens, el transcurso de
tiempo de quatenta años, vt scribit Alexád. cons. 187.
numer. 12. & cons. 4. numer. 12. lib. 2. Paris. cons.
104 num. 23. lib. 1. Viuio tom. 1. commun. opin. lib.
2. opin. 144. Menoch. de arbitr. Iudic. lib. 2. cas. 3.
num. 1. & alios plures quos refert Mieres 1. part.
quæst. 45. num. 15.

63 ¶ Y esta es la opinion que el señor Pre-
sidente Couarr. sigue tom. 2. pract. cap. 21. num. 6.
vers. *Quartus subijcitur casus*, ibi: *Sed in hoc quarto casu*
ipse, non exigerent neceßario antiquitatem cētum annorum,
nec septuaginta, nec adhùc quinquaginta, imò liberè arbitra
ret sufficere antiquitatem quadraginta annorum.

64 ¶ Especialmente quando con el dicho
instrumento cócurrit longa possessio rei, correspon-
diente a los instrumentos enunciados, en cuyo caso
es bastente el transcurso de tiempo de treynta años,
para que el instrumento se diga antiguo, Dom. Co-
uarr. dict. cap. 21. n. 6. vers. *Tertius casus in medio*, ibi:
Quim, & plena fides huic exemplo dabitur, vbi fuerit ab
eius confectione, & traductione lapsum tēpus trigint a anno-
rum cum vsu & poßessione illius iuris, quod in eo contine-
tur, quemadmodum Aymon obseruauit in dict. num 18.
&c.

65 ¶ Todas las quales circunstancias se a'us
tan a los terminos del instrumento de cession presen
tado; lo vno, por la possession continua con que se
hallan las Reas en virtud del dicho instrumento; y lo
otro, por el transcurso de tiempo de quatenta años
que ha que se otorgò: porque aunque el instrumen-
to presentado es del año de veynte y quatro, pero a
este no se ha de atender, si no en fuerça de declaració
del

del instrumento de cesion otorgado por el año de seyscientos y seys, y como si fuera el mesmo se ha de considerar, pues no le añade ni quita cosa alguna, si no solo le constituye por si firmeça: argum. textus in l. Lucius Titius 88. §. quisquis el 2. ff. de legat. 2. ibi: *Si non deberentur nullam, quasi ex debito actionem esse*, l. Lucius, §. semproniæ, ff. de legat. 3. l. cum scriptum, ff. de dot. prælegat, l. si sic, §. 1. ff. de legat. 1. melior omnibus l. commemorationem, ff. de probation. ibi: *Commemorationem in cyrographo pecuniarum, quæ ex alia causa dicuntur factam vim obligationis non habere*, texto que formalmente prueua, que esta escritura en que se refiere lo hecho en las otras, por si no induze obligacion, si no es lo mismo que se contiene en ellas, y con mayor razon justificandose las escrituras mencionadas, como se pondedarà, ajustandose a los terminos de possession que las Reas tienen desde el año de siete, como es constante.

66 ¶ Lo qual procede con menos duda refiriendose la dicha enunciatiua en dos instrumentos distintos, como es; el vno, la dicha cesion; y el otro, el poder que Iuan Bautista de Ojeda diò a quatro de Abril de 1607. a Martin de Couarruvias, para que en su nombre arrendasse el cortijo y tierras del vado de los Ladrillos, en que haze relacion de lo mismo que se enuncia en la dicha cesion, està en el pleyto Pieç. 6. fol. 20. pero no en el memorial, en cuyo caso procede sin duda alguna la fee y autoridad del dicho instrumento, vt docet Felin. in cap. cum causam de probation. num. 4. Aymon Crauetta 1. part. vers. *Ampliatur*, num. 14. & 19. Hieronym. de Mont. de finibus, cap. 60. num. 30. Iuan Baptist. Cocc. asserens Rotã Romanam sæpè id ita determinasse, decis. 69. num. 9. Federic. Scot. lib. 1. respons. 3. num. 45. Beltramin. in not. ad Alexand. Ludouis. decis. 61. num. 10.

67 ¶ Secunda, cum res per instrumentum, de quo fit relatio in referente verificatur aliquod verùm, quia tùnc fidem facit, quamvis de altero non constet ad similitudinem confessionis de recepto, quia verificata parte præsumitur pro toto, Mantica

de conttact. tit.26. lib.11. num. 14. Dom. Couarruv. lib.1. variar. cap.7. num.6. Surdo decis.199. num.2. Alexand. Ludouis. decis.62. num.7. & instrumento Bald.cous.238. num. 2. lib.2. Menoch. de præsumpt. lib.5. præsumpt.21. Mascard. de probat. lib.2. cōclus. 742. Farinac. de falsitat. quæst.152. num.12.

68 ¶ Tres cosas son las que se enuncian en la dicha cesion. La primera, el pleyto executiuo que la dicha doña Leonor Mendez siguiò. La segunda, la causa y fundamento que huuo para la dicha execucion. La tercera, el remate del cortijo.

69 ¶ Y todas estan prouadas bastantemēte. La primera, por la prouança de las Reas en la segunda pregunta, que es concluyente, y por la confession de doña Ysabel de Costilla, y el Licenciado don Iuan de Costilla, hijos y herederos de Gabriel de Costilla; porque auiendo sido citados de remate a pedimiento de la dicha doña Leonor por los corridos de su censo, respondieron, que el dicho cortijo lo possseia Iuan Martinez Mendez, y sus herederos judicialmente mas auia de quinze años, memorial, fol. Con que reconocieron ser cierto auerse seguido pleyto executiuo, y que en virtud del se les auia despojado de el dicho cortijo y tierras, cuya confession es la mayor prouança para verificarlo, l. cunctæ, C. de probat. l. generaliter, C. de non numerat. pecun. cum similibus.

70 ¶ Y lo que mas, que la parte del Conuēto no lo niega, pero solo dize, articula, y alega, que quien siguiò dicho pleyto fue Iuan Martinez Mendez, pero como no lo pudo prouar, se allanò su Abogado en Estrados a confessar fue cierto, aunque dixo, que era titulo de prenda pretoria el que doña Ana y doña Brigida tienen, y en quanto a esto responderè en su lugar.

71 ¶ La segunda, porque es cierto que en la escritura de censo, otorgada por Gabriel de Costilla, y doña Ana de Valde Espino su muger en veynte y seys de Iulio de mil y quinientos y nouenta y ocho, a fauor de doña Leonor Mendez, le hipotecan dicho

cortijo

çortijo y tierras, con declaracion que era libre de todo censo, è hipoteca, y que si pareciere lo contrario, con solo el juramento de dicha doña Leonor, ò de sus herederos, puedan executar por el principal y corridos del censo, que declararen estar impuestos sobre el; mem. fol.

72 ¶ Tùnc etiam, porque consta son ciertos los censos porque se executò, y para ello se han presentado instrumentos para en quanto a el censo de Iuan Fernandez Belorado, vna escritura otorgagada por el susodicho en diez de Mayo de mil y seyscientos y ocho, en que haze relacion de el censo que Gabriel de Costilla y su muger le pagan en cada vn año, impuesto sobre dicho cortijo, y declarando se le deuen de corridos trecientos y quarenta y quatro reales, cede sus derechos y acciones de dicho censo a la dicha doña Leonor Mendez, por quanto la susodicha le ha satisfecho y pagado la cãtidad principal de dicho censo y corridos; ay fee de paga en la dicha cession, y confiessase en ella, que la imposicion de dicho censo fue el año de 1591. mem. fol.

73 ¶ Y aunque no se ha presentado la dicha escritura principal de censo, es bastante para su verificacion la dicha cessiõ, ex dictis à Surdo decis. 10. per tot. Gratian. cap. 188. num. 37. & 38.

74 ¶ Para el censo de don Iuan de Mancha està presentada la escritura misma, que es su fecha ocho de Nouiembre de 1601. de que no se duda. Y aunque no se ha presentado la escritura de imposicion de el censo de doña Maria de Tapia, pero en la verdad se paga oy de la misma suerte que los demas referidos; y era bastante para verificacion de la causa del dicho pleyto el censo de Belorado, y de don Iuan de Mancha; de que se reconoce es cierto lo enunciado en la dicha cession, y que estamos en los terminos de la segunda limitacion.

75 ¶ La tercera, que es el remate, se prueua por la prouança hecha por las Reas en la segunda pregunta con siete testigos en Malaga de noticia particular del pleyto executiuo, y remate en Iuan Bautista

ta de Ojeda, y cessiõ del en Iuan Martinez Mendez; y vno ay de vista, que quando depuso era de cincuenta y ocho años; ay otros nueue testigos de publico y notorio en Teba, que fue donde se substanciò la mayor parte de dicho pleyto executiuo, en virtud de requisitorias, y donde se pregonò el dicho cortijo, y dõde asistieron y asistian los hijos de Gabriel de Costilla, personas que tenian particular noticia del pleyto referido, y que no es verosimil si huuiera sucedido lo contrario dexara de auerse dicho y publicado para con todos, ad textum in cap. postquam 3. de electione, ibi: *Cuius vita, vel actus qui melius possunt, vbi est conversatus cognosci inquiratur ibidem*, & l. 1. §. flumem supra, ff. de fluminibus, ibi: *Existimatione circum loquẽtium*, & ea quæ notant Dom. Præses Valençuela Velazquez cons. 90. num. 195. Dom. Perez de Lara lib. 2. cap. 4. num. 25. alios plures referens.

76 ¶ Con que concurre el poder que Iuan Bautista de Ojeda diò como dueño y señor del cortijo y tierras para arrendarlo, citado supra; con que manifiesta el dominio que tenia en virtud del dicho remate del cortijo, Casanate cons. 39. num. 11. quia locationes non nisi à dominis solent fieri, l. 2. C. de adquirend. posses. l. Titia, ff. de solut. Osasc. decis. 43. nu. 2. Giurba decis. 22. num. 13.

77 ¶ Contra lo referido se opone por parte del Convento. Lo primero, no es cierta la dicha cession, porque si lo fuera, se huuieran presentado los instrumentos que en ella se enuncian. A que respondo, que el transcurso de tiempo que ha que se otorgaron los instrumentos enunciados, suple el defecto de no auerse presentado, y essa es la causa porque al instrumento referente se le dà credito, sin embargo de que no consta del relato, ex dictis.

78 ¶ Y especialmente quando en el dicho tiempo ha auido diferentes contagios en la ciudad de Malaga, en los quales se han perdido, consumido, y quemado muchos y diuersos papeles de grande consideracion, y en particular en casa del dicho don Fernãdo, pues por auer estado ausente en vna de las ocasiones

siones

siones referidas, de hecho la justicia de la dicha ciudad le quemò todos los papeles, e instrumentos que en su casa tenia, entre los quales fue muy contingente el quemarse los enunciados; y vltimamente contra doña Ana y doña Brigida no puede auer presuncion de auerlos ocultado, pues si esta se dirige contra quiẽ es interessado en la ocultacion, vt probant omnes in l. Diuus, num. 3. ff. ad leg. Cornel. de fals. latè Farinac. de falsitat. quæst. 153. num. 209. Hondedeo cons. 96. à num. 61. volum. 2.

79 ¶ El auerse hecho antes es en perjuyzio de las Reas, pues si huuieran parecido, no parece tenia duda su justicia, y mas constando del instrumẽto referente lo dispositiuo de los instrumentos relatos, que es otra circunstancia para que se le dè fee y credito al referente, no auiendose presentado el instrumento relato, Gutierrez cons. 26. num. 6 & 7.

80 ¶ Oponese lo segundo, no es verosimil, porque lo que se enuncia auer sido causa y fundamẽto del dicho pleyto executiuo, que fueron los censos que parecieron impuestos sobre el dicho cortijo, no pudieron dar la dicha causa por dezir son posteriores a la imposicion de censo de la dicha doña Leonor: y que lo que mas es, que no se consiguiò el efecto para que se executò, que fue, el que se redimiessen los dichos censos, se dexasse libres de ellos la dicha hipoteca y cortijo, siendo asi que se dize en la cesion, que fue el remate del de contado.

81 ¶ Porque se responde. Lo vno, que el censo de Belorado es del año de 1591. con que es mucho tiempo anterior al de doña Leonor: y aunque es cierto que el de don Iuan de Mancha se impuso el año de 601. y que consiguientemente es posterior, pero sin embargo este fue causa del dicho pleyto, minimè obstante el ser posterior, de la misma suerte que el de Belorado, porque la clausula del censo de doña Leonor, en virtud de que se executò, no dize, si no que hipotecan libre, y que si pareciere lo contrario puedan executar por ello, sin especificar si la carga fuesse anterior, ò posterior; y lo que mira a esto solo se pudiera

considerar para en quanto a la justicia de el dicho pleyto executiuo, que es de lo que aqui no se trata, si no solo de que fuesse cierto estuuiessen impuestos sobre el dicho cortijo los dichos censos, que es lo que se justifica con las escrituras mismas.

82 ¶ Lo segundo, que la palabra, *de contado*, puede apelar sobre los corridos de dichos censos, ò sobre el residuo del precio de el dicho cortijo, cuya equiuocacion, juntamente con el ser palabra enunciatiua, es bastante para que potius se ayan de entender en fauor de las dichas Reas, y en aquello que menos le pueda prejudicar, Albericus de Rosat. in l. veteribus, ff. de pact. l. labeo, l. si in emptione, ff. de contrah. empt. l. cum quæritur, ff. de reb. dub. Iason consil. 30. lib. 1. Imola consil. 21. in princip. Aymon Crauet. 4. part. Rubric. de legat. 1. nu. 132. pagin. mihi 664.

83 ¶ Lo tercero, que el no auer tenido efecto la redempcion de los dichos censos solo mira a la justificacion del dicho remate, y a la parte de las Reas solo le incumbe el verificar fuesse cierto, pero no justificado: y lo primero se prueua de lo que queda ponderado supra; y el no auer redimido los dichos censos solo manifiesta el no auerse cumplido con lo que se deuiò, pero no desuanece la verdad de que interterviniesse el remate, & ad idem conducunt quæ tradunt muy al proposito Aymon Craueta consil. 88. num. 15. Farinac. decis. 140. nu. 4. post primum tom. crimin. & decis. 21 nu. 1. post tom. 2. & de falsit. quæst. 162. n. 138. Addit. ad Ludouis. decis. 157. n. 27.

84 ¶ Oponese lo tercero, que lo que se manifiesta del titulo es vna prenda pretoria, porque se reconoce doña Leonor Mendez entrò a posseer como acreedora, y consiguientemente como prenda, y que este titulo y possession se presume continuado en los sucessores siguientes, mientras no se verifica lo contrario. Porque respondo, que esto se entiende en el heredero sucessor de la persona en cuyo poder entrò, pero no en persona estraña, y diferente, porque entóces cessa la presumpcion, porque se manifiesta lo

cótrari

cõtrario, y se vê interrupta possessio, y cessa la disposicion de la ley non solum, §. quod vulgo, ff. de vlucapion: cum similib. Thusco liter. P. conclusion. 417. num. 32.

85 ¶ Y aqui Iuan Martinez Mendez no entrò continuando la possession de doña Leonor Mendez, si no començò a posseer en virtud de titulo legitimo y distinto, como fue el remate referido, y cession del, en cuyo caso se manifiesta claramente lo dicho, y de q̃ no permaneciò la possession de doña Leonor, si no que empeçò a adquirirse otra, y en qualquier acontecimiento la possession del estado presente no se compadece con la antigua, y siempre doña Ana y doña Brigida tienen la presumption de derecho en su fauor, de que la possession es justa, y no viciosa, y la parte del Conuento, que pretende auerse continuado con la calidad referida, la deue verificar como fundamento de su intencion, porque por el instrumento de cession se manifiesta lo contrario, y confessando la possession en doña Ana y doña Brigida; pero con la calidad de que es viciosa la deue verificar, porque de otra suerte tienen la presuncion de derecho en su fauor las dichas Reas, Fatinac. decis. 525. num. 2. in nouissim. 2 part. Alexand. Ludouis. decis. 458. num. 3. cũ seqq. ibi: *Licet enim ex his verbis videatur confiteri possessionẽ vitiosam, attamẽ ista confessio, cum habeat præsumptionem contra se, quia possessio præsumitur iusta & legitima non vitiosa*, l. merito, ff. pro socio, potest acceptari confessio respectu possessionis, reiecta qualitate vitij.

86 ¶ Y quando se duda del titulo porque se començò a posseer, y se ha continuado la possessiõ, es cierto deuerse estar a la declaracion del posseedor, vt notabiliter inquit Bald. in l. 1. C. de reuocand. donation. num. 3. Caualcan. decis. 40. num. 12. lib. 1. y el titulo que han declarado las dichas doña Ana y doña Brigida es el dicho remate.

87 ¶ Y la question tan controuertida entre los Doctores, de si se possee por prenda pretoria, ò adjudicacion in solutum, no puede adaptarse a los ter-

minos

minos de este pleyto, porque solo se vintila entre el deudor para con el acreedor, ò entre las personas que de ellos tienen derecho, y causa, vt videre est apud Authores, que despues referirè. Y Iuan Martinez Mẽdez, por quien doña Ana y doña Brigida sucedieron en el dicho cortijo, no tienen titulo, ni derecho de la dicha doña Leonor, ni de otro acreedor al dicho cortijo, si no sólo de Iuan Bautista de Ojeda, que fué quiẽ le cedió el remate, y ni tampoco este le tuuo de la susodicha, si no sólo de la justicia, que fue quien le vendiò.

88 ¶ Y quando pudiesse tener lugar la disputa referida, tienen en su fauor doña Ana y doña Brigida, la opinion mas verdadera, de que se presuma que se està posseyendo, potius por adjudicacion insolutum, que no por prenda pretoria, Menoch. de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 150. per tot. Tusch. liter. P. conclus. 350. num. 9. & 10.

89 ¶ Y con mayor razon quando conforme al precio que se vendiò cada fanega de dicho cortijo, importaron lo mismo los principales de los dichos censos con sus corridos porque se executò, que el valor y precio principal del, y se manifiesta, porque las dichas tierras son solo dozientas y nouenta y tres fanegas a razon de diez ducados cada vna de las cultiuadas, que importan dos mil nouecientos y treynta ducados, y ciento y siete de tierra inutil, cumplimiẽto a las quatrocientas, conforme a lo que se menciona en la dicha cessiõ, y a la declaracion del medidor, Pieça 6. fol. 28. trecientos ducados, y los principales y corridos de los dichos censos por que se executò, dos mil docientos y treynta y cinco ducado, con mas los setecientos ducados del principal del censo de la dicha doña Leonor, que precisamente se auia de baxar del valor y precio del dicho cortijo, que todo importa 2935. en cuyo caso inconcusamente los Doctores resuelven, potius, la adjudicacion insolutum, que no la prenda.

90 ¶ Y lo que mas es, que aun quando Iuã Martinez Mendez tuuiesse titulo y derecho de la dicha

cha doña Leonor, sin embargo no se pudiera dezir era prenda pretoria, porque para esto solo se pudiera tener recurso a la suposicion del remate, y terminos de la ley, & qui sub imagine, C. de distract. pignor. y los Doct ores que quieren que nombre verdadera venta el remate hecho en la persona supuesta por el acreedor, se han de entender segun el fundamento que tienen para ello, que es la dicha ley, cuya decision no procede en la venta que el Iuez haze de los bienes executados del deudor, porque en este caso los puede comprar el acreedor, ex doct. Bald. in l. 2. C. si in causam iudicat. pign. dat. sit. ibi: *Vt ergo fugias omnes opiniones circa recuperationem rei melius est, quod vendatur ei tanquam extraneus.*

91 ¶ Si no en la que haze el acreedor por su propria autoridad de los bienes que recibiò por prenda de su deuda, con pacto de poderlos vender para la paga, que entonces es nula la venta hecha a la persona supuesta por el acreedor, quia sibi ipsi vendere non potest, dict. l. & qui sub imagine, vbi litera textus euidenter, hoc notat & probat l. 44. tit. 13. part. 5. ibi: *El que tiene apeños alguna cosa de otri, no le puede el cõprar si la quisiere el vender, fueras ende la comprasse el con otorgamiento y complacer de su señor*, hanc eandem interpretationem sequitur Bald. in dict. l. & qui sub imagine, Cuiac. in comment. ad tit. de distract. pignor. Anton. Fabr. diffinit. forens. lib. 4. tit. 42. definit. 41. num. 1. & decad. 1. error. 5. num. 3.

92 ¶ Y con mayor razon quando la cessiõ del dicho remate no se hizo en acreedor alguno, ni persona que tuuiesse derecho del, como fue el dicho Iuan Martinez Mendez, que no tenia, ni tuuo credito, ni derecho alguno contra el dicho cortijo para poder executar, y que el dicho remate se hizo por la justicia, que es el caso en que todos los Doctores van conformes en la validacion del, y que cesse la presuncion de simulacion, ad textum in l. at si quis, §. 1. ff. de relig. & sumpt. funer. ibi: *Bonæ fidei enim possessor est, & dominiũ habet, qui Authore iudice comparauit*, l. 52. tit. 5. part. 5. ibi: *A quien quier que la comprasse del, passe el señorio de la cosa*

 compra-

comprada a el comprador, & quæ notat latiſsimè Hermoſilla in dict l.52. gloſ.1.num.1.& 2.

93 ¶ Y no es de conſideracion el que Iuan Martinez Mendez fueſſe fiador en el cenſo de don Iuã de Mancha, porque por razon de eſte no ſe ha laſtado ni pagado, por eſtar permanente y ſeguro ſobre el dicho cortijo, y que del ſe pagan oy ſus corridos, con que no viene a auer ni aun apariencia de cauſa porque pudieſſe executar el dicho Iuan Martinez, y menos Iuan Bautiſta de Ojeda, en quien ſe rematò, porque ni tuuo credito, ni derecho contra el dicho cortijo, ni fue heredero, ni ſucceſſor de acreedor alguno, igitur nullo fundamento induci poteſt pignus prætorium.

94 ¶ Antes reſulta de lo referido verificada la cauſa del titulo de doña Ana y doña Brigida, y conſiguientemente el dominio del dicho cortijo, ex his quæ notant Aymon Craueta conſ. 61. num. 5. & conſ.157.num.6. Alexand.conſ.182.num.1.& 2. lib.7. Oldrald.conſ.311. Bald.conſ.166.in fin.lib.4.Gratian. cap.678.num.7.ibi: *Quare eſt probanda cauſa dominij cõſiſtens in facto per legitimam conſequentiam titulorum contractuum traditionum, & poßeſsionum.*

95 ¶ Y no obſta la ceſsion de Belorado, hecha a doña Leonor Mendez, del principal y corridos de ſu cenſo, porque eſta es ſolo vna venta de el dicho derecho a la dicha doña Leonor; pero no liberacion ni redencion de el para con el deudor de el dicho cenſo.

96 ¶ Oponeſe lo quarto, que el dicho cortijo y tierras ſe vendieron por mas cantidad de lo que verdaderamente ſe deuia, y que eſto es baſtante para que fueſſe todo nulo, ex l. ſi non ſortem, §. ſi centum, ff. de condition. indebit. & ea quæ notant communiter. Doctores. Porque reſpondo. Lo vno, que lo referido procede en terminos de acreedor que executò por la cantidad de ſu deuito, y ſe le adjudicaron in ſolutum los bienes executados en pago del, vt videre eſt apud D. Franciſc. Hieronym. de Leon deciſ.25.per tot. Y el caſo preſente no ſe puede ajuſtar a los terminos

minos de la dicha decision, porque Iuan Bautista de Ojeda, ni Iuan Martinez Mendez, no fueron acreedores al dicho cortijo, y que tampoco no huuo adjudicacion insolutum, si no solo vn remate llanamẽte hecho en vna persona estraña, que fue el dicho Iuan Bautista de Ojeda, como el mayor ponedor, ajustandose en el dicho pleyto executiuo a vno de los remedios que el Iurisconsulto dispone en la ley à Diuo Pio, §. si pignora, glos. verbo, *abdicantur*, ff. de re iudicat.

97 ¶ Lo otro, porque no se puede ajustar el que se vendiesse el dicho cortijo por mas cantidad de lo que verdaderamente se deuia, porque aunque consta de la cantidad porque se executò, no se manifiesta en lo que se rematò, con que no se puede dezir se vendiò por mas cantidad de lo que verdaderamente se deuia, y siendo como fue judicialmente, tienen doña Ana y doña Brigida la presuncion de derecho en su fauor, de que se rematò y vendiò en la cantidad que justamente merecia; demas de que ajustandose a las cantidades porque se executò, se reconoce el que fue vendido el dicho cortijo y tierras por lo que justamẽte valiò, y por lo que verdaderamente se deuiò, vt remanet probatum supra.

98 ¶ Y quando huuiesse merecido mas el dicho cortijo de lo que verdaderamente se deuia, y porque se executò, solo pudiera servir para reconocer lo injusto del dicho remate, que es de lo que no se trata, pero no para desvanecerlo.

99 ¶ De que resulta, ex omni capite, ser justificado el titulo que doña Ana y doña Brigida tienen presentado, y que en virtud del estan posseyendo legitimamente como dueñas y señoras verdaderas del dicho cortijo.

Tercero Punto.

100 ¶ Todos los testigos presentados en la quinta pregunta por las dichas doña Ana y doña Brigida contestan en la possession de quarenta años del dicho

dicho cortijo ellas y sus autores, y en particular quatro de entera y particular noticia, y vno de vista en virtud de la cession que queda ponderada en el segũdo punto.

101 ¶ Con que vienen a tener en su fauor las susodichas vna possession quadragenaria con titulo verificada, quæ quidem æquiualet præscriptioni immemoriali, per textum in cap.1.de præscript.lib.6. cap cum personæ,§ quod si tales, de priuileg. eodem lib.l.fin.§.vltim.C.de fund.patrimon.lib.11.l.1.tit.10. lib.5.Recopilat.Dom.Couarr. in regula possessor, 2. part.§.2.num.12.& §.3.& 4.Dom.Molina lib.2.cap.6. num.52.Pet.Barbos. in l.comperit,num.59.C.de præscript.30.vel 40.annor. Ioan. Matienç. in l. 1. glos. 19. num.4.tit.10.lib.6. Bald.de prescript. 2.part. 4.partis, quæst.1.num.3. Auend.de exequend. mandat.cap.4. num.20.Dom.Larrea allegat.Fiscal 68 num.1.

102 ¶ Y aunque es verdad, que para la dicha prescripcion se requiere titulo, buena fee, y possession continua, ex dict. cap.1. todos estos requisitos se vienen a hallar en el caso presente, con que corre sin dificultad.

103 ¶ Y para el titulo no se requiere que sea perfeto, y justificado, porque es bastante el que sea aparente y dudoso para constituyr buena fee en el posseedor, l.cellsus, vbi glos. & Bart. ff. de vsucapion. cap.1.de præscript. in 6. ibi: *Sed est necessarius titulus, qui possessori causam tribuat præscribendi*, vbi glos.verbo, causam, ibi: *Non enim requiritur, quod titulus sit talis, quod dominium tribuat, &c. Sed aliqualis titulus dat causam præscribendi*, l.fin.C.de fund.patrimon.lib.11.maxime in possessione longi temporis, glos.& DD. in l.1. C.de præscription. long. tempor. ex aliquibus GilKen. de præscript. 2.part.membr.2.cap.1. à num. 12. cum sequentib.

104 ¶ Aliàs enim, si huuiesse de ser el titulo omnimodamente valido, no necessitara de prescripcion quadragenaria, ni de otro tiempo para reualidarlo, si no por solo lo que el obrasse, conservar el derecho del que se valiesse del.

Y en

105 ¶ Y en el caso presente, el titulo en virtud de que doña Ana y doña Brigida han posseydo y sus autores es la cesion que queda ponderada, y este es legitimo, para fin valerse dela prescripcion afiançar el dominio en ellas, quanto mas recurriendo a el transcurso de dicho tiempo, ex dict. supra in 2. puncto. Con que auiendo sido la possesion introduzida en virtud del, no se puede dudar de la justificacion suya, pues viene a deriuarse de vna venta judicial, y cesion del remate, en virtud de ella hecho, con que esta calidad extrinseca es bastante para que quando tuuiesse intrinsecamente otro vicio, huuiesse constituydo a los posseedores en virtud del en buena fee, Abbas & reliqui Canonistæ in cap. in literis, de restit. spoliat. pulchrè Guido Pap. quæst. 85. num. 3. Osasco decis. 116. num 7. Menoch. de recuperand. posses. remed. 15. num. 463. Peregr. art. 52. num. 134. & art. 48. num. 32. Dom. Larrea dict. allegat 68. num. 3. in fin.

106 ¶ Y no obsta si se dixere, que la mala fee se manifiesta todas las vezes que en el titulo que se presenta se reconoce vicio alguno, ex l. fin. §. sin autem, C. commun. delegat. cap. qui contra, de regul. iur. lib. 6. Dominico Geminian. cons. 96. num. 4. ibi: *Et quoties legebant priuilegium constituebantur in mala fide, ac per consequens adiectiuè ad ipsum præscribere nequaquam poterant*. Dom. Molin. lib. 2. cap. 6. n. 66.

107 ¶ Porque respondo, que en el titulo que se ha presentado por doña Ana y doña Brigida, que es la cesiò, no se manifiesta vicio alguno que pueda auerles constituydo en mala fee a ellos y sus autores para impedir la prescripcion, porque si este vicio se reconoce del defecto de no auer intervenido solẽnidad alguna, ò auerse hecho contra la disposicion expressa de derecho, vt manifestè apparet, ex l. quemadmodum, C. de agricol. & sensit. lib. 11. ibi: *Malæ fidei namque possessionem esse nullus ambigit, qui aliquid contra legum interdicta mercatur*, vbi Bart. num. 3. Todo esto cessa en el dicho instrumento y cesion, porque lo que en el se menciona, que es la venta y remate del dicho cortijo en Iuan Bautista de Ojeda, a

pedimiento de doña Leonor Mendez acreedora, por lo que legitimamente podia executar, no se procediò contra la disposicion de derecho, antes fue ajustandose a ella, ni se puede manifestar defecto alguno de solemnidad, y bastaua qualquiera duda y equiuocacion para auer constituydo en buena fee a doña Ana y doña Brigida, y sus autores, Petr. Barbos. in Rubric. C. de præscript. 30. vel 40. annor. num. 348. vsque ad 365. Dom. Castillo tom. 7. de tertijs, cap. 26. num. 48. vers. *Secundus casus.*

108 ¶ Y si se dixere, que el vicio que se manifiesta es de prenda pretoria en la doña Leonor Mendez para que se hiziesse pago de su deuito porque executò, queda respondido a ello ex dictis supra in secúdo puncto, y a mayor abundamiento era bastante el instrumento de cessión mismo, pues del resulta nueuo titulo del de la dicha doña Leonor: porque aunque cósta de la possession pretoria que a la susodicha se le diò, pero tambien se manifiesta, que a su pedimiéto se rematò en Iuan Bautista de Ojeda, en cuyo caso, aun quando doña Ana y doña Brigida y sus autores huuieran començado a posseer en virtud del titulo de doña Leonor (que en la verdad no lo hizieron) siendo posterior el remate de Iuan Bautista de Ojeda, y cessión del en Iuan Martinez Mendez, fue visto auer mudado la causa de la possessió antigua de la susodicha, y començado a posseer en virtud del dicho remate, y cessión, que es la que desde entonces han continuado y continuan hasta de presente, l. fin. ff. de præcar. ibi: *Nam si quod possideas alium præcario rogaueris viderite desinere ex prima causa possidere, & incipere præcario habere*, iunctis traditis per Gomecium in l. 45. Taur. n. 66. Rebuff. tom. 3. ad constitut. Franc. tit. de mutat. possess. in præfat. num. 97. & seqq. Barbos. in l. si alienam, num. 100. & latè ex num. 114. ff. solut. matrimon. Ludouic. decis. 546. vbi Oliber. Beltramin. num. 15. Dom. Larrea allegat. 68. num. 18.

109 ¶ Con que parece no se puede dudar del titulo y buena fee de la dicha doña Ana y doña Brigida, pues no constando en su principio de vicio real

real alguno, como en la verdad no consta, corre sin dificultad, por tener en su fauor vno de los efectos de la inmemorial, que es la presuncion, iuris, & de iure, quæ regulariter non admittit probationem ens cõtrarium, Felin. in cap.cum nobis, de præscript. num.7. Natta cons. 514.num.17.volum.3. alios plures referẽs Menoch.cons.90.num.67.

110 ¶ Y lo que mas es, que aun quando fuesse cierto lo que la parte del Conuento refiere en su demanda, de que se entrò de hecho Iuan Martinez Mendez en el dicho cortijo, y le despojò del a los herederos de Gabriel de Costilla [quod nec verùm est, nec verosimile, porque no ay nada prouado en razon de ello] pudieran auer adquirido el derecho del dicho cortijo por la possession de solos treynta años, porque aunque el vicio de la violencia impide la prescripcion y vsucapion de diez y veynte años, iuxta textum in §.furtiue, cum ibi notatis. Instit. de vsucapion. l.sequitur 4.§.quod autem, ff.eod.tit. l.vitia possessionum, C. de adquirend. possession. l. 4. & 5. tit. 29. part.3.

111 ¶ Pero no impide la prescripcion de treynta, ò de quarenta años por quien se purga el vicio real del hurto, y de la violencia, y se prescriue la accion, quæ pro his rebus iure competit, l.1.§.ad hæc, vers. *Nemo itaque audiat*, C.de annal.except. l.sicut,l. omnes, C.de præscript.30.l.21.tit.29.part.3. ibi: *Mager fueße la cosa hurtada, forçada, ò rouada*. Aymon Craueta de antiquitat.tempor.4.part.§.materia,num 89. Francisc.Balboa de præscript.2.part.3.partis principalis, quæst.12.sub num.6.Petr.GilKen. in eodem tractat.3.part.cap.13.num.152.Menoch.cons.701.num. 81.volum.8.Petr.Barbosa in l. si alienam 12.ff.solut. matrimon.num.54.

112 ¶ Y con mayor razon quando doña Ana y doña Brigida han posseydo dicho cortijo titulo prohærede mas de treynta y quatro años, que es el tiẽpo que ha que muriò Iuan Martinez Mendez, ex dict. l.21. vers. *Otrosi*, que con el restante que el susodicho le gozò y posseyò se verifica lo que los testigos con-

cluyen

cluyen de la possession de quarenta años, que es de lo que tambien se valen.

113 ¶ Y de la possession no se duda, porque esta es constante y cierta, aunque por parte del Convento se dize, que fue intrucion, cuya confession aceta la parte de doña Ana y doña Brigida, y niega el vicio que se pretende, quod quidem rectè fieri potest, Alexand. Ludouis. decis. 458. num. 3. cum seqq. ibi: *Præsertim, quia in monitolio pars adversa appellat Antonium detentorem, & ocupatorem domus, licet enim, ex his verbis, videatur confiteri possessionem vitiosam, attamen ista confessio cum habeat præsumptionem contra se, quia possessio præsumitur iusta, & legitima, non vitiosa*, l. merito, ff. pro socio, Aymon Craueta cons. 150. num. 5. *Potest aceptari confessio respectu possessionis reiecta qualitate vitij.*

114 ¶ Sin que en el tiempo de la dicha possession se les aya pedido, reclamado, ni contradicho por los herederos de Gabriel de Costilla, ni el dicho Convento, con que reconocieron la buena fee que doña Ana y doña Brigida y sus autores han tenido para posseerlo, Surd. cons. 234. num. 32. ibi: *Cessat autem mala fides, ex eo quod nunquam ipse, vel authores sui fuerũt interpelati ad solvendum, nam is quoque, qui verè debet præscribit, & non dicitur in mala fide, si non fuit interpelatus.* Dom. Castillo dict. cap. 26. num. 52.

115 ¶ Y si se dixere, que el remate del dicho cortijo se hizo en Iuan Bautista de Ojeda el año 616. y que el de siete siguiente fue la cession del remate en Iuan Martinez Mendez, y que siendo como es cierto que por parte del Convento se introduxo este pleyto por el año de 45. no pueden tener doña Ana y doña Brigida y sus autores possession continua de quarentá años, por auer de ser ante litem contestatam. Respondo, qué aunque es cierto que el dicho pleyto se començò por el Convento el año de 45. però tambien lo es, que auiendose querelledo doña Ana y doña Brigida en esta Corte de la justicia de la villa de Teba, por auerle dado la possession a el Convento a su pedimiento, por auto que la Sala proueyò en veynte y

siete

siete de Abril de 1646. se remitiò a la dicha justicia pa-
ra que determinasse, ante la qual el Convento pidiò el
amparo a veynte y quatro de Enero de 1647. Pieç. 3.
fol. 18. Y doña Ana y doña Brigida a quinze de Março
de 647. salieron contradiciendo la possession dada al
Convento, dict. Pieç. fol. 21.

116 ¶ De que resulta auer quedado inter-
rumpida dicha possession desde dicho tiempo quinze
de Março de 647. que es quando quedò contestado el
juyzio començado por el Convento el año de 45. ad
textum in l. nec bona 10. C. de præscription. longitē-
por. l. 29 tit. 29. part. 3. Dom. Larrea dict. allegat. 68.
num. 28. in medio, y no antes; con que vienen a tener
la possession quarenta años verificada, y aun mas, fue-
ra de que no necessitauan las Reas de mas possession
que de los treynta años, para que corran con llaneza
los fundamentos que quedan referidos.

117 ¶ Y no se puede valer de la restitucion
que tiene pedida contra la dicha prescripcion el Cō-
vento, porque siendo como es de 30. y 40. años, mini-
mè ei le puede aprouechar, ex l. fin. C. in quibus causis
in integrum restit. necess. non est, l 8. tit. 29. part. 3. l. 9.
tit. 19. part. 6. Barbos. in dict. l. fin. Collectan. Cod. alios
plures referens.

118 ¶ Y si con lo referido no se admitiera la
prescripcion en doña Ana y doña Brigida, fuera cosa
muy dura, y resultara el ser muy facil priuar de sus bie
nes a todos los señores, in graue Reipublicæ præiudi-
cium: porque prouando los autores su antigua pos-
sessiō, per testes de auditu, & de fama, qui in antiquis
admittuntur, no podrian los Reos muchas vezes de-
fenderse, por auer perdido los titulos, ò consumidose
por la antiguedad del tiempo, ò por la variedad de los
accidentes de guerras, pestes, incendios, que solent
frequenter contingere, y lo que verdaderamente ha
sucedido en el discurso del tiēpo que ha que se otor-
garon los titulos y instrumentos que se mencionan en
la dicha escritura de cession, que fue por el año de
seyscientos y seys.

119 ¶ Como lo considerò Iuan Bautista Acosta in tractat. de fact. scient. & ignorant. centur. 2. distinct. 60. per tot. Seraphin. Oliuar. decis. 1360. tom. 2. num. 6. ibi: *Nam cum sufficiat probare duo estrema, nempè possessionem antiquissimam actoris, & possessionem recentem rei, & illa probari possit, etiam per testes de fama, & auditu, qui in antiquijs admittuntur, & sepè eueniat, vt propter antiquitatem, & sinistros casus velorum, incendij, pestis, & similium instrumenta quibus possessores se tueri possunt sint deperdita, vel etiam vetustate consumpta facile proprijs bonis domini iniustè priuabuntur in maximum præiudicium Reipublicæ,* vt per Mohedan. decis. 17. de restitut. spoliator. Sarmiento de redditibus Eccles. 1. part. cap. 4. num. 11. & selectar. interpretat. lib. 2. cap. 13. num. 2.

120 ¶ Quibus conveniunt verba contardi in l. vnica, C. si de momentanea possessione fuer. appellat. limitat. 2. § 4. num. 23. ibi: *Mohedano etiam fuit visa periculosa prædicta opinio, quia aperiebatur porta litibus, si non admitteretur præscriptio, & quia multa bona per alios possessa, etiam cum longissima possessione peterentur, maximè quia intentio agentis poterat de facilè probari per probationes periculosas, puta per testes de auditu, & fama, cum sit materia antiqua.*

121 ¶ Que es lo que oy sucede en el dicho pleyto, porque el Convento solo se introduze por cabeça de las dichas Monjas, por dezir fue antiguamente dicho cortijo de sus padres; sin valerse de otro titulo alguno, no queriendo exhibir ni mostrar los que menciona en su demanda para verificacion de la instruccion que pretende de Iuan Martinez Mendez en el dicho cortijo, lo qual era bastante para auerseles de absolver a doña Ana y doña Brigida; como en los mismos terminos lo concluye Aymon Craueta cons. 112. num. fin. lib. 1. ibi: *Ex quibus concludo, vel quod absolvi Reus debet, vel cogi Actor ad exhibendum à fundamentum prædictum ad tolendam omnem ambiguitatem, & veritatem indagandam, quod ipse facturus essem*

essem si causa mihi commissa foret, & ita de iure respondeo, salvo tamen meliori iudicio, que es con lo que concluyen las dichas doña Ana y doña Brigida, esperando tener determinacion en su fauor. Salva V.D.C.

L.D. Iuan Terrona
Perea.